

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Caio Franzese Sampaio e Silva

INCOMPATIBILIDADE DO REGIME SEMIABERTO COM A PRISÃO TEMPORÁRIA

São Paulo

2025

Caio Franzese Sampaio e Silva

Incompatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para conclusão do curso de Direito, sob a orientação do(a) prof.(a), dr.(a) - Claudio José Langroiva Pereira

SÃO PAULO

2025

Banca Examinadora

Resumo

SILVA, Caio Franzese Sampaio e. A incompatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva.

O presente trabalho analisa a incompatibilidade entre o regime semiaberto e a prisão preventiva, à luz do princípio constitucional da presunção de inocência e dos limites impostos ao poder punitivo estatal. A pesquisa parte da premissa de que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar de natureza instrumental e excepcional, tem por finalidade assegurar o regular andamento do processo penal e não antecipar a execução da pena. Nesse sentido, investiga-se se é constitucionalmente admissível a manutenção da prisão preventiva quando a sentença condenatória fixa o regime inicial semiaberto, bem como a possibilidade de adequar o cumprimento da prisão cautelar às condições desse regime. A partir da análise doutrinária, bem como das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que tais práticas configuram indevida antecipação da pena e afronta direta aos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade e excepcionalidade da prisão cautelar. A adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto, além de carecer de amparo legal, revela-se contraditória em seus próprios fundamentos, pois esvazia a natureza cautelar da medida e a converte em execução provisória de sanção penal. Diante disso, reafirma-se que a prisão preventiva e o regime semiaberto possuem naturezas e finalidades distintas, sendo juridicamente inconciliáveis, sob pena de violação aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: prisão preventiva; regime semiaberto; presunção de inocência; proporcionalidade; processo penal.

Abstract

SILVA, Caio Franzese Sampaio e. A incompatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva.

This paper analyzes the incompatibility between the semi-open regime and pre-trial detention in light of the constitutional principle of the presumption of innocence and the limits imposed on the State's punitive power. The study is based on the premise that pre-trial detention, as a precautionary and exceptional measure, aims to ensure the proper progress of the criminal process, not to anticipate the execution of the sentence. Accordingly, it examines whether it is constitutionally admissible to maintain pre-trial detention when the conviction determines a semi-open initial regime, as well as the possibility of adapting the preventive custody conditions to that regime. Through doctrinal analysis, and through decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, the study concludes that such practices constitute an undue anticipation of punishment and a violation of the principles of presumption of innocence, proportionality, and the exceptional nature of pre-trial detention. Furthermore, adapting pre-trial detention to the semi-open regime lacks legal support and contradicts its own purpose, as it empties the preventive nature of the measure and converts it into a provisional execution of the sentence. Therefore, the research reaffirms that pre-trial detention and the semi-open regime have distinct legal natures and purposes, being constitutionally and legally incompatible, under penalty of violating fundamental rights and guarantees provided by the 1988 Federal Constitution.

Keywords: pre-trial detention; semi-open regime; presumption of innocence; proportionality; criminal procedure.

SUMÁRIO

Introdução.....	07
1. Princípios Constitucionais das Prisões Cautelares.....	09
2. Finalidades e limites da prisão preventiva.....	11
2.1. Necessária crítica – crescente utilização da prisão preventiva como instrumento de punição penal.....	11
2.2. Requisitos da prisão preventiva.....	15
2.2.1. Garantia da ordem pública.....	17
2.2.2. Garantia da ordem econômica.....	18
2.2.3. Conveniência da instrução criminal.....	19
2.2.4. Assegurar aplicação da lei penal.....	19
2.2.5. Razoabilidade e proporcionalidade.....	20
3. Natureza jurídica e fundamentos do regime semiaberto.....	21
4. Incompatibilidade entre o regime semiaberto e a prisão preventiva.....	22
4.1. Prisão preventiva após sentença que fixa o regime inicial semiaberto.....	23
4.2. Adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto.....	25
5. Análise jurisprudencial sobre o tema.....	28
Conclusão.....	31

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, consagrado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tal princípio, adotado pela Constituição de 1988 como **garantia fundamental dos direitos da pessoa humana**, norteia todo o processo penal, delimitando a atribuição do ônus probatório, servindo de fundamento constitucional para princípios como o *in dubio pro reo*, e garantindo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Da regra de tratamento derivada da presunção de inocência decorre que o acusado, durante toda a instrução criminal e até o trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser tratado como inocente, pois assim o é aos olhos da lei. Nesse sentido, ensina **Aury Lopes Júnior** que, a partir da constitucionalização desse princípio como direito fundamental, a liberdade torna-se a regra a ser adotada em todos os momentos do processo penal:

No sistema brasileiro contemporâneo, a presunção de inocência – através do dever de tratamento – estabelece que a regra é a liberdade até o trânsito em julgado, na medida em que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; ou seja, não ser considerado é aqui empregado como sinônimo de “não ser tratado” como (igual a) culpado antes do trânsito em julgado (marco estabelecido pelo art. 5º, LVII, da CF) da sentença penal condenatória.

(JÚNIOR, Aury L. Prisões cautelares. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.7. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/>. Acesso em: 19 out. 2025.)

A prisão preventiva, nesse contexto, constitui exceção à regra da liberdade, devendo ser compreendida como instrumento de tutela cautelar do processo, e não como forma de antecipação da sanção penal. Segundo Guilherme Nucci¹, a prisão cautelar consiste no

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 597.

recolhimento da pessoa ao cárcere, “por absoluta necessidade da instrução penal”. É, portanto, incompatível a utilização da prisão cautelar como medida de antecipação da pena, pois, ao assim proceder, estar-se-ia punindo uma pessoa ainda considerada inocente no sentido jurídico-constitucional da expressão.

Surge, contudo, uma controvérsia relevante na prática judicial: a manutenção da prisão preventiva após a prolação de sentença condenatória que estabelece o regime inicial semiaberto. Nessa hipótese, o indivíduo permanece submetido a uma prisão de natureza cautelar, porém, em condições mais severas do que aquelas previstas para o início do cumprimento da pena. Tal contradição gera um desequilíbrio lógico e jurídico entre a natureza cautelar da prisão e a essência do regime da pena fixada, pois se estaria submetendo o indivíduo, antes mesmo do início de sua pena, a situação mais gravosa do que aquela prevista na própria condenação, tudo sob o argumento de um perigo abstrato associado à sua liberdade.

A problemática torna-se ainda mais complexa quando o magistrado, ao decretar a prisão preventiva determina que ela seja cumprida em regime semiaberto, sob o argumento de que tal modalidade atenderia aos fins cautelares, sem desconsiderar a proporcionalidade entre o regime cautelar e o real regime fixado em sentença. Essa segunda hipótese, contudo, suscita um novo questionamento, seria juridicamente admissível utilizar o regime semiaberto — concebido como modalidade de execução de pena — como parâmetro para a execução de uma medida cautelar, que, por definição, não possui natureza punitiva?

Diante desse contexto, o presente trabalho propõe examinar a seguinte questão central: **é constitucional manter a prisão preventiva quando a sentença condenatória fixa o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto ou quando o magistrado, ao decretá-la, determina seu cumprimento nesse mesmo regime? Em que medida tais hipóteses configuram indevida antecipação da execução da pena e afronta ao princípio da presunção de inocência?**

Metodologicamente, o trabalho está estruturado em cinco capítulos. O **primeiro capítulo** analisa os fundamentos constitucionais da prisão preventiva, delineando os princípios que limitam a atuação do Estado na restrição da liberdade antes do trânsito em julgado. O **segundo capítulo** examina as finalidades, os requisitos e os limites da prisão preventiva, com base na legislação processual. O **terceiro capítulo** dedica-se ao estudo da natureza jurídica e dos objetivos do regime semiaberto, identificando suas características e implicações práticas. O **quarto capítulo** aborda, de forma crítica, a hipótese da **incompatibilidade entre o regime**

semiaberto e a prisão preventiva, bem como a possibilidade de cumprimento da medida cautelar sob parâmetros do regime semiaberto. Por fim, o **quinto capítulo** analisa a **jurisprudência** sobre o tema, a fim de identificar as tendências interpretativas e os desafios ainda existentes na consolidação de um modelo de processo penal coerente com a Constituição Federal de 1988.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS PRISÕES CAUTELARES

É importante ter em mente, sempre que se estuda o tema das prisões cautelares, que se está diante de uma questão complexa, marcada por tensões e dilemas jurídicos de grande relevância. As prisões cautelares situam-se em uma linha tênue entre duas formas de graves injustiças: de um lado, a privação da liberdade de uma pessoa que ainda não foi definitivamente julgada e condenada pode resultar na indevida submissão de um inocente ao cárcere; de outro, a ausência de medidas cautelares eficazes poderia comprometer a efetividade da persecução penal e a própria autoridade do Estado.

A dificuldade em equilibrar esses valores explica por que o instituto da prisão cautelar passou por profundas transformações ao longo da história. Conforme observa o Ministro Rogério Schietti Cruz², do Superior Tribunal de Justiça, o modelo contemporâneo de racionalidade jurídica das prisões cautelares é resultado de um longo processo de evolução histórica. A partir do século XII, com o fortalecimento do direito inquisitorial na Europa, a prisão cautelar perdeu o caráter excepcional que possuía no direito romano, transformando-se em consequência quase automática da acusação. Nesse contexto medieval, a prisão era frequentemente utilizada como instrumento de coerção e sofrimento, tendo por finalidade principal obter a confissão do acusado — muitas vezes mediante tortura — e, secundariamente, cumprir um papel moral e religioso, supostamente voltado ao arrependimento do réu durante o confinamento.

Somente a partir do século XVIII, com o advento de autores como Cesare Beccaria, o instituto da prisão cautelar começou a adquirir contornos compatíveis com o Estado de Direito. Beccaria sustentava que, sendo a privação da liberdade uma verdadeira pena, não poderia ser aplicada

² CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. P. 20/21 Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/media/juspodivm_material/material/file/JUS2640-Degustacao_Prov.pdf. Acesso em: 19 out. 2025.

antes da condenação, salvo nos casos em que fosse estritamente necessária. Essa concepção inaugurou a moderna distinção entre prisão cautelar e prisão penal, afirmando que a primeira não deve jamais servir à punição, mas apenas à proteção do processo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a excepcionalidade das prisões cautelares foi consagrada de forma definitiva pela Constituição Federal de 1988, que, ao instituir o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII), estabeleceu a liberdade como regra e a prisão como exceção. Esse entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que declararam a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, dispositivo que impede o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Na oportunidade, destacou o eminente Ministro Marco Aurélio, relator e prolator do voto vencedor:

... levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: **a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.**

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. **A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória.** A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, Distrito Federal*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 out. 2025.)

Dessa forma, o regime constitucional atual estabelece que a prisão preventiva deve ser compreendida como medida de natureza excepcional, instrumental e cautelar, jamais confundida com punição antecipada. A sua decretação exige fundamentação concreta (art. 5º, inc. LXI da CF/88), observância ao devido processo legal e respeito aos direitos fundamentais do acusado.

A prisão preventiva, portanto, encontra-se no ponto de intersecção entre a necessidade de assegurar a efetividade da persecução penal e o dever de proteção à liberdade individual. É justamente dessa tensão que emergem as suas finalidades específicas, que não se confundem com a punição, mas se destinam a garantir o regular andamento do processo e a futura execução da pena.

Assim, compreendidos os fundamentos constitucionais que limitam e justificam a prisão preventiva, passa-se, no próximo capítulo, à análise de suas finalidades, requisitos e limites de aplicação, conforme previstos no Código de Processo Penal e interpretados à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. FINALIDADES E LIMITES DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1. NECESSÁRIA CRÍTICA – CRESCENTE UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO PENAL

A prisão preventiva é a mais gravosa das medidas cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico, haja vista que a partir de sua aplicação, o acusado poderá ser privado de sua liberdade por tempo indeterminado, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Ressalta-se que apesar de sua natureza excepcional, é inegável a crescente popularização e aplicação indiscriminada desse instituto tão severo, o que vem gerando críticas de renomados estudiosos do processo penal. Nesse sentido, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e professor titular da PUC-SP, tece duras críticas à utilização da prisão preventiva como instrumento de coerção ou de apaziguamento da opinião pública:

Não se pretende sustentar a inviabilidade da prisão preventiva, como medida cautelar de urgência, pois ela pode ser necessária para a tranquilidade social ou para a efetividade do processo-crime. No entanto, **a vulgarização da prisão cautelar tem sido notada**, cada vez mais, no Brasil. Parcela considerável da sociedade, especialmente os leigos em Direito, acredita que a prisão preventiva é indispensável para acabar com a impunidade e para fazer justiça.

Enganam-se e, pior, são enganados por operadores do Direito que trabalham bem com o radicalismo, estabelecido em cultura prisional.

O que vem acontecendo, em todo o país, é a superlotação de presídios destinados a presos cautelares - sem condenação definitiva -, muitos dos quais respondem por crimes de mínima periculosidade e cometidos sem violência contra a pessoa. Outra situação peculiar foi o surto de prisões preventivas em operações especiais da polícia federal, avalizadas por alguns juízes, com a finalidade nítida de provocar a delação premiada. Prendeu-se muita gente, sem fundamento no art. 312 do CPP (ou falsamente fundado no referido artigo), com o real objetivo de transtornar o detido e fazê-lo delatar alguém mais importante para regozijo dos operadores do Direito, participantes dessa investigação. Essa fase abrandou-se bastante, após várias intervenções do Judiciário, em especial do STE, coibindo tais detenções cautelares midiáticas.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 630/631)

No mesmo sentido, o eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ observa que parte do problema decorre da excessiva demora na prolação do juízo de mérito, o que tem levado à indevida substituição da pena pela prisão cautelar:

O fato é que têm sido rotineiramente noticiadas as operações da Polícia Federal, de que resultam dezenas de prisões de suspeitos, a maior parte das quais, saliente-se, apenas executada pela Polícia, visto que dependeram de prévia

autorização judicial, frequentemente mediante requerimento do Ministério Público.

Em uma palavra, não só os bônus, mas também os ônus dessas prisões, marcadas pelo aparato espetacular das operações policiais, em regra acompanhadas de câmaras de redes de televisão, que prolongam o espetáculo até quando renda bons índices no IBOPE, devem ser atribuídos a todos os personagens envolvidos (não somente às polícias, mas, também, ao Judiciário e ao Ministério Público).

Mas a pergunta a ser feita é: por qual razão se realizam tantas prisões cautelares?

Alguma tentativa de explicar o fenômeno poderia incluir o aumento da criminalidade, a maior capacitação das forças de segurança, o deslocamento do foco das investigações das polícias e do Ministério Público, que passam a incluir, também, os criminosos de colarinho branco etc.

O certo é que está havendo um cada vez mais frequente deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares, ao invés do que seria mais natural, para a sentença condenatória.

(CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2023. P. 20/21 Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/media/juspodivm_material/material/file/JUS2640-Degustacao_Prov.pdf. Acesso em: 19 out. 2025.)

O Ministro ainda recorre à doutrina italiana para explicar o fenômeno da “**penalização das medidas cautelares**”, destacando que a demora processual tem levado o sistema a transformar o processo em um espaço de antecipação punitiva. Citando Illuminati (1999, p. 92), Schietti reproduz a advertência de que “garantir o procedimento cautelar como se fosse o juízo de mérito significa que o processo não alcança o seu objetivo senão através das medidas provisórias”.

Em suas palavras, essa “**penalização de um instituto eminentemente processual**” reflete um grave desvio funcional das medidas cautelares, fenômeno que o próprio Carrara denominava de *nomorréia penal*, e que Luigi Ferrajoli identificou como *metástase legislativa* — a crença de que o aumento de prisões e penas produziria, paradoxalmente, maior segurança, quando, na verdade, gera apenas mais violência social.

Portanto, o que se conclui, como aponta Aury Lopes Júnior, é ao cenário de um processo penal em crise, em que a busca pela eficiência imediata compromete as garantias fundamentais e o devido processo legal.

A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz à ampliação dos casos de prisão preventiva, a menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelo procedimental). Em suma, conduz à ilusão de que, acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo recursos, limitando o uso do habeas corpus e ampliando o espaço de justiça negocial, se chega o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo.

(JR., Aury L. Fundamentos do Processo Penal - 10ª Edição 2024. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.64. ISBN 9788553620494. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620494/>. Acesso em: 19 out. 2025.)

Portanto, verifica-se que a prisão preventiva, originalmente concebida como instrumento excepcional de proteção do processo, tem sido convertida em resposta penal antecipada, usada como válvula de escape para um sistema de justiça sobrecarregado e lento e, diante dessa crise que os tribunais têm buscado soluções, criando institutos juridicamente inexistentes, como a prisão preventiva cumprida em regime semiaberto, inadvertidamente violando a presunção de inocência, conforme será demonstrado ao final deste estudo.

2.2. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA:

Voltando-se ao tema do presente estudo — qual seja, a (in)compatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva —, torna-se necessário delimitar os **requisitos, finalidades e limites** dessa medida cautelar.

Conforme já fixado, a prisão preventiva é medida cautelar de caráter instrumental que, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada quando necessária para: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Segundo o professor Gustavo Badaró³ é possível afirmar que para a decretação da prisão preventiva “é necessária a presença do pressuposto positivo, isto é, do *fumus comissi delicti* consistente na prova da existência do crime e de indício suficiente de autoria, aliado a pelo menos uma das hipóteses de *periculum libertatis*, (...), quais sejam os requisitos da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Há também os requisitos relativos à natureza do crime, previstos no art. 313 do CPP, os quais, contudo, não serão objeto de análise aprofundada neste estudo, pois parte-se do pressuposto de tratar-se de crime para o qual a medida seria, em tese, aplicável.

Quanto ao primeiro pressuposto, aduz Badaró⁴ ser necessária a comprovação da existência do crime (materialidade) e a existência de indícios suficientes da autoria, não sendo necessária certeza, devendo tal dispositivo ser compreendido como a probabilidade de autoria.

O segundo elemento essencial para a decretação da prisão preventiva é o chamado *periculum libertatis*, expressão que representa o “perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado” (art. 312 do CPP). Trata-se do requisito que fundamenta a necessidade da prisão como meio de

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18, Medidas cautelares: medidas cautelares pessoais – prisão preventiva. p. RB-18.24. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v11/page/RB-18.24>. Acesso em: 19 out. 2025.

⁴ Idem.

proteção do processo penal ou da sociedade, funcionando como verdadeiro juízo de prognose acerca de riscos concretos que a liberdade do acusado poderia representar.

Conforme observa Gustavo Badaró: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Assim, não se trata de uma suposição genérica, mas de uma fundamentação empírica, baseada em elementos concretos que demonstrem a real necessidade da prisão, a partir do perigo à ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No mesmo sentido, AURY LOPES JÚNIOR destaca a imprescindibilidade da demonstração do perigo real na liberdade do acusado, com base nas provas constantes dos autos:

Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.

(JÚNIOR, Aury L. Prisões cautelares. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.45. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/>. Acesso em: 18 out. 2025.)

Portanto, a prisão preventiva pode ser decretada quando for demonstrada a real necessidade de segregação do acusado ao cárcere a fim de assegurar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, elementos que serão analisados individualmente a seguir:

2.2.1. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA:

A expressão da “garantia da ordem pública”, utilizada no art. 312 como uma das finalidades da prisão preventiva, gera diversas críticas por parte da doutrina. Autores como Gustavo Badaró⁵ e Aury Lopes Júnior⁶ sustentam a inconstitucionalidade da expressão.

Segundo os autores, o uso da expressão gera problemas semânticos pois trata-se de conceito extremamente vago, sem qualquer significado concreto. Além disso, apontam a inconstitucionalidade da expressão por não se tratar, efetivamente, de medida cautelar.

Nesse sentido, Gustavo Badaró⁷ aponta que a jurisprudência tem validade “garantia da ordem pública” a partir de diversos conceitos como: “comoção social”, “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, “preservação da integridade física do indiciado”.

E prossegue o autor ressaltando que tais definições não se subsomem ao conceito nuclear de uma medida cautelar, qual seja, assegurar a eficácia de um possível futuro provimento condenatório, segundo Badaró:

Quando se prende para “garantir a ordem pública”, não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada.

(BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.1: Garantia da ordem pública, p. RB-18.29.)

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.1: Garantia da ordem pública, p. RB-18.29.

⁶ JÚNIOR, Aury L. *Prisões cautelares*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.53. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/>. Acesso em: 19 out. 2025.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.1: Garantia da ordem pública, p. RB-18.29.

De todo modo, os tribunais pátrios têm validado a prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, portanto, como é não o escopo do presente trabalho concluir pela constitucionalidade (ou não) do presente dispositivo, adotaremos a interpretação intermediária proposta por Badaró, na qual a garantia da ordem pública deve ser entendida como para “evitar prática de infrações penais”, compatibilizando o art. 312 do CPP com o art. 282, inc. I, do CPP que prevê a aplicação das medidas cautelares para tal finalidade.

2.2.2. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA:

A expressão “garantia da ordem econômica”, tal qual a garantia da ordem pública é apontada por diversos autores como inconstitucional, tanto pela vagueza de seu conteúdo, tanto por que, segundo os autores, tal finalidade não teria natureza cautelar, isto é, não se destina a concretização de um provimento definitivo.

Segundo Badaró:

A prisão para garantia da ordem econômica não é, tal qual aquela para garantia da ordem pública, uma medida de natureza cautelar. Não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios (cautela instrumental) ou resultado do processo (cautela final). Ao contrário, **sua finalidade é permitir uma execução penal antecipada**, visando aos fins de prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, mas não das medidas cautelares.

(BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.2: Garantia da ordem econômica, p. RB-18.29.)

Contudo, de igual modo, admitiremos a constitucionalidade da expressão para fins do presente estudo, sendo admitida em situações de crimes que representem “vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro” (idem).

2.2.3. POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL:

Já a prisão por “conveniência da instrução criminal” trata-se de medida cautelar efetivamente instrumental, que visa assegurar o fiel andamento do processo ou da investigação criminal.

Conforme exemplifica Badaró⁸, as situações de prisão por conveniência da instrução criminal são aquelas em que o indiciado está ameaçando ou subornando testemunhas ou peritos, ocultando ou destruindo provas, evitando o comparecimento a atos de instrução em que sua presença seja necessária.

Trata-se, portanto, de prisão constitucional, sua finalidade não é diretamente assegurar a eficácia do resultado final do processo (eventual condenação) mas sim, conservar as provas para que se possa chegar à sentença.

Faz-se uma única ressalva, quanto a aplicação da medida quando o acusado se recusar a colaborar com a instrução criminal, furtando-se do interrogatório, por exemplo, haja vista que violaria o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, inc. LXIII da CF/88).

2.2.4. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL:

A prisão para “assegurar a aplicação da lei penal” visa evitar a fuga do acusado, trata-se, portanto, de situações em que, pelo temor de eventual condenação, o acusado foge evitando a aplicação da eventual pena.

Segundo Badaró⁹, o perigo de fuga ocorre quando, por exemplo, o acusado se prepara para deixar o seu domicílio, desfaz-se de bens imóveis, procura obter passaporte, compra passagem

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.3: Conveniência da instrução criminal, p. RB-18.29. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v11/page/RB-18.29>. Acesso em: 19 out. 2025.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Cap. 18: Medidas cautelares. Item 18.2.3.6.4: Assegurar a aplicação da lei penal, p. RB-18.29. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v11/page/RB-18.29>. Acesso em: 19 out. 2025.

para o exterior, ou de qualquer outra forma, demonstra o desejo de empreender em viagem não justificada.

2.2.5. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PRISÃO:

Acrescenta-se ainda que a medida extrema deve ser pautada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, segundo leciona Guilherme Nucci¹⁰, “razoável é a prisão cautelar cujo tempo de duração é o menor possível em face dos concretos elementos extraídos do processo”, considerando fatores como: (a) a complexidade da causa, (b) número de réus, (c) número de processos em andamento na vara ou tribunal, (d) atuação do juiz e, (e) atuação.

Quanto à proporcionalidade, o mesmo autor ensina que:

Proporcional é a prisão cautelar cujo período de duração não excede os limites da pena mínima prevista para o delito - e muito menos o máximo - nem tampouco chega a superar prazos relativos à concessão de benefícios de execução penal.

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 633.)

Nucci exemplifica que, para um réu primário, acusado de roubo simples e sujeito a pena mínima de quatro anos, com possibilidade de regime inicial aberto ou semiaberto, a prisão cautelar mostra-se desproporcional. Por outro lado, em casos de crimes graves, como o latrocínio, em que a pena mínima é de vinte anos e a natureza do delito é hedionda, a custódia preventiva por período razoável antes da sentença pode se mostrar proporcional e legítima.

Dessa forma, observa-se que a prisão preventiva somente se legitima quando presentes os pressupostos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, devidamente comprovados e fundamentados de forma individualizada. A ausência de elementos concretos ou o uso de justificativas genéricas compromete a validade da medida, tornando-a incompatível com o princípio da presunção de inocência.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 633.

Salienta-se que a medida deve ser aplicada sempre de maneira excepcional e proporcional, observando-se sempre o caráter instrumental da prisão cautelar, que serve apenas para garantir o bom andamento do processo penal e não para antecipar a execução da pena.

3. NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS DO REGIME SEMIABERTO:

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a prisão preventiva constitui medida cautelar de natureza instrumental, destinada exclusivamente à garantia da efetividade do processo penal e jamais à antecipação de pena. Superada essa análise, torna-se necessário compreender a natureza jurídica e os fundamentos do regime semiaberto, a fim de avaliar sua (in)compatibilidade com o caráter provisório da prisão preventiva.

De início, destaca-se que o regime semiaberto é uma modalidade de cumprimento de pena privativa de liberdade, prevista no art. 33 do Código Penal, situando-se entre o regime fechado e o aberto. De acordo com o dispositivo, “o condenado será submetido a regime fechado, semiaberto ou aberto”, devendo a fixação observar o quantum da pena aplicada, as circunstâncias judiciais e a reincidência do agente.

Assim, o regime semiaberto pressupõe uma condenação transitada em julgado, sendo incompatível com medidas cautelares. Isso porque, diferentemente da prisão preventiva, o regime semiaberto não visa resguardar o processo, mas executar a sanção penal imposta ao condenado, tendo natureza definitiva e punitiva.

O regime semiaberto integra o sistema progressivo adotado para o cumprimento das penas privativas de liberdade, situa-se como uma etapa intermediária entre o isolamento total do regime fechado e a maior liberdade do regime aberto, fundada no princípio da progressividade da pena (art. 112 da Lei de Execução Penal).

No regime semiaberto, o condenado cumpre pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, alínea “b” do CP), podendo trabalhar durante o dia e retornar à unidade prisional à noite (art. 35, *caput* e § 2º do CP). A lógica que inspira essa modalidade de cumprimento de pena é essencialmente ressocializadora: busca-se a reinserção social por meio do trabalho, da disciplina e da convivência gradual em ambiente de menor contenção. Assim, ainda que mantenha o cerceamento da liberdade, o regime semiaberto é

estruturado para proporcionar um processo de reeducação, distanciando-se da lógica puramente repressiva da prisão cautelar.

Do ponto de vista constitucional, o regime semiaberto é expressão concreta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da finalidade ressocializadora da pena, que orientam a execução penal no Estado Democrático de Direito. Ao permitir a reintegração paulatina do indivíduo, o regime respeita a proporcionalidade entre o delito cometido e a restrição da liberdade, além de buscar evitar os efeitos criminógenos do encarceramento em regime fechado.

Assim, compreender o regime semiaberto em sua natureza jurídica própria é essencial para afastar interpretações equivocadas que tentam aproximá-lo da prisão preventiva. Essa confusão, embora por vezes adotada em decisões judiciais que buscam atenuar os efeitos do encarceramento provisório, compromete a coerência do sistema penal, pois cria uma categoria híbrida de privação de liberdade sem respaldo legal claro e de difícil controle quanto aos direitos do custodiado.

Conclui-se, portanto, que o regime semiaberto é uma modalidade de execução de pena, de natureza definitiva e caráter ressocializador, cuja aplicação pressupõe sentença condenatória transitada em julgado. Sua estrutura, finalidades e fundamentos o afastam completamente do campo das medidas cautelares. O uso indevido de suas características para justificar prisões preventivas em condições menos severas representa, na prática, uma violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

4. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A O REGIME SEMIABERTO E A PRISÃO PREVENTIVA

Uma vez explicados os conceitos jurídicos necessários para compreensão do presente estudo, passamos ao tema central, qual seja, é compatível a adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto. O tema será abordado a seguir partindo de duas hipóteses não raramente verificadas na prática forense. Primeiro, buscamos responder a seguinte pergunta: a decretação (ou manutenção) da prisão preventiva após a prolação de sentença condenatória recorrível, na qual é fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, configura indevida antecipação da pena? Após, será abordada a seguinte questão: e se, ao decretar (ou manter) a prisão preventiva, o juiz determinando a adequação de seu cumprimento ao regime semiaberto,

haveria então compatibilidade entre os institutos? Já adianto, contudo, que a resposta é não, pelas razões explicitadas a seguir.

4.1. – PRISÃO PREVENTIVA APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE FIXA O REGIME INICIAL SEMIABERTO

Como já exposto nos capítulos anteriores, a prisão preventiva poderá ser decretada quando, nos termos do art. 312 do CPP, for necessária a reclusão do acusado ao cárcere a fim de assegurar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Neste capítulo, será analisada a manutenção ou decretação da prisão preventiva após a prolação de sentença que fixa o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto, sob os aspectos da proporcionalidade e da razoabilidade.

De início, deve-se destacar que a hipótese de decretação ou manutenção da prisão com fundamento na “conveniência da instrução criminal” se torna inaplicável, uma vez que, após a sentença, não há mais instrução em curso. Dessa forma, tal fundamento se revela inviável para justificar a segregação cautelar do acusado.

Quanto aos demais fundamentos previstos no art. 312 do CPP, é necessário analisar a proporcionalidade da medida, considerando a pena concreta aplicada. Imaginemos, por exemplo, que o réu tenha sido condenado ao cumprimento de pena em regime inicial semiaberto, sendo interposto recurso exclusivo da defesa, de modo que a pena não poderá se agravar — apenas amenizar-se. Nessa situação, o réu, na pior hipótese, será submetido ao regime semiaberto quando houver trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse caso, se revela desproporcional a decretação ou manutenção da prisão preventiva. Convém destacar que a prisão preventiva, por regra, é cumprida em regime semelhante ao fechado — embora não se possa falar em regime, pois tal definição se destina ao cumprimento da pena — assim, o acusado não possui direito ao trabalho externo (art. 35, § 2º do CP) ou saída temporária para conclusão de curso profissionalizante ou de instrução (art. 122, inc. II da LEP).

Benefícios garantidos aos presos em regime semiaberto

A demonstrar, o art. 31, parágrafo único da LEP, expressamente veda o trabalho externo do preso provisório:

“Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento”.

Além disso, há de se considerar que o preso em regime semiaberto cumpre pena em colônia industrial ou agrícola, estabelecimentos prisionais mais brandos do que os destinados aos presos provisórios, haja vista que pretendem a ressocialização do acusado a partir do trabalho.

Por fim, há de se considerar que, não raras vezes, por ausência de estabelecimento prisional adequado ou por lotação de vagas nas colônias agrícolas ou industriais, têm-se a aplicado o regime semiaberto harmonizado¹¹.

Isso pois, conforme a Sumula Vinculante nº 56 do STF, não é lícita a manutenção do apenado em regime prisional mais gravoso do que àquele que foi condenado, ou que faz jus à progressão de regime, nos termos do 112 da LEP:

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Assim, o que se têm feito é a aplicação de medidas diversas, especialmente do monitoramento eletrônico aos condenados em regime semiaberto, a fim de viabilizar a progressão de regime, à qual o apenado tem direito.

Tudo isso, soma para demonstrar que ao apenado em regime semiaberto são assegurados direitos de liberdade incompatíveis com a atual sistemática da prisão preventiva.

A manutenção ou decretação da prisão preventiva, portanto, se revela desproporcional, haja vista que retira do acusado direitos os quais teria caso condenado definitivo fosse.

Atribui-se, portanto, ao preso cautelar uma situação mais grave, mais restritiva e mais severa do que a considerada adequada pela política criminal atual. Em outras palavras, ao assim proceder, é imposta uma punição ao preso preventivo — o qual, repita-se, ainda ostenta a condição jurídica de inocente — pior do que a efetiva punição que será aplicada com o trânsito em julgado da condenação.

¹¹ DUPRET, Cristiane. “O que é regime semiaberto harmonizado?” *Direito Penal Brasileiro – IDPB*. 12 dez. 2023. Disponível em: <https://www.direitopenalbrasileiro.com.br/voce-sabe-o-que-e-regime-semiaberto-harmonizado/>. Acesso em: 19 out. 2025.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci¹², exemplifica o que seria uma prisão preventiva desproporcional, e, portanto, ilegal, citando justamente o exemplo no qual o acusado de um roubo simples, cuja pena provável seria em regime aberto ou semiaberto, concluindo pela ilegalidade da medida.

Assim, ante a ausência de proporcionalidade da prisão cautelar, essa se torna ilegal, configurando indevida supressão da presunção de inocência, ao atribuir ao acusado pena superior à possivelmente aplicada ao processo.

Ressalta-se ainda que os argumentos ora dispostos não se restringem ao exemplo dado.

Não é necessário, por exemplo, que se trate de recurso exclusivo da defesa para revelar a desproporcionalidade da medida pois, embora condenado, não é possível considerar como provável a agravação da situação do acusado, tendo em vista que vigora a presunção de inocência, revelando a ausência do *fumus boni iuris* em eventual pedido de manutenção ou decretação da prisão preventiva.

Além disso, o mesmíssimo entendimento é aplicável quando o preso preventivo, devido o tempo decorrido de prisão cautelar, faria jus à progressão de regime (art. 112 da LEP), caso preso definitivo fosse.

4.2. – A ADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME SEMIABERTO

Conforme exposto anteriormente, conclui-se pela ilegalidade da manutenção ou decretação da prisão preventiva após a prolação de sentença condenatória recorrível. Surge, então, uma segunda questão: e se o juiz, ao reconhecer que a provável pena a ser aplicada será cumprida em regime semiaberto, determinar a “adequação” da prisão preventiva às características desse regime?

À primeira vista, essa solução poderia parecer razoável, sobretudo diante do princípio da proporcionalidade. Afinal, se a prisão cautelar deve guardar correspondência com a gravidade

¹² “Exemplificando, réu primário, respondendo por roubo simples, sujeito a uma pena mínima potencial de quatro anos, com possível regime aberto ou semiaberto, não deve ser recolhido cautelarmente, pois desproporcional.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 633.

da futura sanção, permitir que o preso provisório cumpra a medida em condições semelhantes às do regime semiaberto poderia aparentar-se como uma forma de mitigação dos efeitos da prisão preventiva.

Todavia, a despeito do disposto no art. 84 da Lei de Execução Penal (LEP), que determina a separação do preso provisório em relação ao condenado definitivo, essa prática conduziria o réu ainda não condenado ao cumprimento da prisão preventiva em colônia agrícola ou industrial. Além disso, lhe asseguraria benefícios típicos do regime semiaberto, como a saída temporária para estudo ou trabalho (art. 122, II, da LEP) e o trabalho externo (art. 35, §2º, do Código Penal).

Em tese, tal adequação buscaria compatibilizar a prisão preventiva com a futura pena provável, solucionando o problema da desproporcionalidade entre a cautela e a sanção definitiva. Entretanto, essa tentativa de harmonização gera um novo impasse, ainda mais grave: a incompatibilidade entre as finalidades da prisão preventiva e as condições do regime semiaberto.

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a prisão preventiva é medida de natureza instrumental e excepcional, destinada unicamente a assegurar a efetividade do processo penal. Seu fundamento está no *periculum libertatis*, isto é, **no risco concreto que a liberdade do acusado representa** à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

Sob essa perspectiva, a prisão preventiva somente é legítima quando indispensável para neutralizar tais riscos. Se, entretanto, o acusado é autorizado a exercer atividades externas, a frequentar cursos ou a gozar de saídas temporárias sem supervisão constante, esvazia-se por completo a função cautelar da medida.

Pergunta-se: como poderá o Estado evitar que o acusado volte a delinquir, destrua provas ou fuja, se lhe é assegurado o direito de circular livremente fora do estabelecimento prisional? A resposta é evidente — não pode.

Assim, ao permitir que o preso provisório usufrua dos benefícios típicos do regime semiaberto, a prisão preventiva deixa de cumprir suas finalidades constitutivas, tornando-se medida inócua e desnecessária. Na prática, o juiz que “adapta” a prisão preventiva ao regime semiaberto reconhece implicitamente a inexistência do *periculum libertatis*, requisito indispensável à sua decretação ou manutenção.

De outro lado, se a medida não é necessária, tampouco pode subsistir, pois a prisão preventiva que nada acautele é tão ilegítima quanto aquela que se mostra desproporcional. A própria natureza cautelar da prisão preventiva exige segregação efetiva, justamente porque sua decretação representa uma exceção à regra da liberdade durante o processo. Ao reduzir seus efeitos, o juiz esvazia sua função e converte a medida em verdadeira antecipação de pena, aplicada antes do trânsito em julgado da condenação — em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

Desse modo, a chamada “adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto” não apenas contraria a natureza cautelar da medida, como também representa uma forma disfarçada de execução provisória da pena, sem o respaldo constitucional necessário. Em última análise, ao permitir tal prática, o Estado abandona a lógica da cautelaridade e antecipa os efeitos da sanção penal, comprometendo tanto o princípio da necessidade quanto o da presunção de inocência.

Diante disso, conclui-se que a prisão preventiva e o regime semiaberto são institutos de natureza e finalidade distintas, logicamente inconciliáveis. Enquanto a primeira pressupõe a segregação como instrumento de proteção do processo, o segundo se funda na progressiva reinserção social do condenado. Assim, a tentativa de compatibilização entre ambos resulta em violação simultânea aos princípios da necessidade, proporcionalidade e presunção de inocência.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

A análise jurisprudencial sobre o tema revela uma evolução relevante na forma como os tribunais superiores vêm enfrentando a questão da compatibilidade entre a prisão preventiva e o regime inicial semiaberto. O ponto central dessa discussão reside em saber se, após a sentença condenatória que fixa o regime semiaberto, é possível manter o réu em prisão preventiva ou adequar a prisão cautelar às condições próprias desse regime, ou se tal prática configuraria indevida antecipação da pena.

De início, é possível registrar que tanto o STJ quanto o STF se posicionam em consonância com a primeira questão posta no presente estudo, qual seja, é incompatível a manutenção da prisão cautelar — em regime equiparado ao fechado — quando a sentença fixar o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da pena. Nesse sentido:

1. Fixado o regime semiaberto, torna-se incompatível a manutenção da prisão preventiva, mormente porque, até a data do deferimento da medida cautelar, o paciente já teria cumprido, considerada a detração, 1 ano e 6 meses da pena em regime fechado (= prisão preventiva). Logo, sua manutenção no cárcere representaria, em verdade, desvincular o aspecto cautelar inerente à prisão preventiva e **legitimar a execução provisória da pena em regime mais gravoso do que aquele fixado na própria sentença condenatória** (= semiaberto). 2. Ordem concedida.

(HC 118257, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18-02-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 05-03-2014 PUBLIC 06-03-2014)

Contudo, a questão toma outra face quanto ao segundo tema proposto, qual seja, a possibilidade de se readequar a prisão preventiva ao regime menos gravoso.

Atualmente, o eg. STJ tem adotado o entendimento de ser possível a adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto. Nessa linha, destaco julgado recente da egrégia Sexta Turma:

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

6. É cabível a manutenção da prisão preventiva quando o réu for condenado ao modo semiaberto de cumprimento de pena, desde que haja compatibilização da custódia com o regime fixado na sentença. No caso, segundo as instâncias ordinárias, os acusados estão em prisão preventiva compatível com o regime inicial fixado na sentença.

(AgRg no HC n. 993.470/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 3/9/2025, DJEN de 8/9/2025.)

No caso, a fundamentação do acórdão se apoiou em jurisprudência consolidada do eg. STJ, a qual admite a adequação entre as medidas. No mesmo sentido:

5. A jurisprudência desta Corte admite a manutenção da **prisão preventiva** mesmo quando fixado o **regime semiaberto**, desde que a custódia preventiva seja compatibilizada com o regime prisional imposto na sentença.

(AgRg no HC n. 1.006.087/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 5/8/2025, DJEN de 14/8/2025.)

4. Por fim, destaca-se ser "pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que a manutenção da **prisão preventiva** pelo juiz sentenciante é **compatível** com a fixação do **regime semiaberto**, desde que ocorra a devida adequação da segregação cautelar com o regime estabelecido pela sentença condenatória" (AgRg no HC n. 783.309/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe 16/2/2023).

(AgRg no HC n. 994.129/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/6/2025, DJEN de 10/6/2025.)

5. Não prospera a alegação de incompatibilidade do regime semiaberto com a prisão preventiva. O entendimento do Tribunal catarinense **está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto**, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e **desde que o acusado seja mantido em local compatível com o regime fixado na sentença** (AgRg no RHC n. 190.330/PA, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 7/3/2024).

(AgRg no REsp n. 2.185.896/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/3/2025, DJEN de 11/3/2025.)

A partir da análise jurisprudencial do STJ, verifica-se que a questão encontra pacificada entre as Turmas criminais, decidindo pela possibilidade de adequação da custódia cautelar com o regime semiaberto.

Em uma análise mais profunda, verifica-se que a fundamentação dos acórdãos do STJ que suportam essa posição baseiam-se, em sua maioria, na própria jurisprudência consolidada do STJ. Desse modo, em uma grande variedade de julgados, são afastadas as alegações de incompatibilidade entre os institutos, sem que haja o verdadeiro enfrentamento dos argumentos ora propostos.

De outra sorte, o eg. STF encontra-se dividido sobre a matéria. Tradicionalmente era adotada posição semelhante à do STJ, no sentido de validar a adequação do regime da medida provisória. Nesse sentido:

Uma vez fixado o regime inicial no édito condenatório, a denegação do direito do sentenciado recorrer em liberdade há de se compatibilizar com as condições do regime determinado na sentença. No caso dos autos, fixado o regime semiaberto e decidido que a apenada não deve permanecer solta até o trânsito em julgado de sua condenação, razoável que se restrinja sua liberdade nas condições do regime intermediário. Manter a condenada segregada em regime fechado, na espécie, representaria impor-lhe um gravame, só pelo fato de estar ele exercendo seu direito de ampla defesa. Uma vez fixado o regime inicial no édito condenatório, a denegação do direito do sentenciado recorrer em liberdade há de se compatibilizar com as condições do regime determinado na sentença.

(HC 125783, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10-03-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2015 PUBLIC 27-03-2015)

Contudo, em julgado recente o eg. STF, convalidando os argumentos ora expostos, decidiu pela incompatibilidade entre os institutos, asseverando que a realidade torna ineficaz a execução da prisão provisória em regime semiaberto ou aberto. Outrossim, faz ressalva quanto a casos excepcionais, como quando há reiteração delitiva ou violência de gênero:

... em respeito à proporcionalidade, à presunção de inocência, que determina a provisoriedade das medidas cautelares, e à realidade fática, que torna ineficaz a execução da prisão provisória em estabelecimento compatível com o regime determinado na sentença, **penso que devemos fixar a regra de que a manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação de regime inicial semiaberto ou aberto na sentença condenatória.**

Assentada tal regra, podemos, em casos excepcionais, desde que respeitada a proporcionalidade em concreto, admitir a manutenção da prisão preventiva em situações de reiteração delitiva ou, por exemplo, violência de gênero. Assentada tal regra, podemos, em casos excepcionais, desde que respeitada a proporcionalidade em concreto, admitir a manutenção da prisão preventiva em situações de reiteração delitiva ou, por exemplo, violência de gênero.

(HC 221570 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 05-12-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 07-03-2023 PUBLIC 08-03-2023)

Portanto, conclui-se que embora grande parte dos julgados entenda pela possibilidade da adequação da prisão preventiva ao regime semiaberto, há espaço para discussão e alteração do entendimento consolidado, baseado em julgado recente do eg. STF.

CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo do presente trabalho permite concluir que a prisão preventiva, por sua própria natureza jurídica, constitui medida de caráter cautelar e excepcional, voltada exclusivamente à tutela do processo penal e jamais à antecipação de pena. Sua legitimidade repousa na demonstração concreta do *periculum libertatis* e na observância estrita aos princípios constitucionais da presunção de inocência, proporcionalidade e necessidade.

Verificou-se, contudo, que a manutenção da prisão preventiva após a fixação de regime inicial semiaberto, ou sua adequação às condições desse regime, configura desvio de finalidade e afronta à ordem constitucional. Tal prática implica a submissão do acusado — ainda presumidamente inocente — a situação mais severa do que aquela prevista para o cumprimento da pena definitiva, traduzindo-se em verdadeira execução provisória da sanção penal. O regime semiaberto, por outro lado, tem natureza punitiva e ressocializadora, aplicável apenas ao condenado definitivo, não havendo espaço dogmático para sua utilização como parâmetro de execução de medida cautelar.

Dessa forma, conclui-se que a prisão preventiva e o regime semiaberto são institutos de natureza e finalidades distintas, cuja compatibilização é juridicamente inviável e constitucionalmente imprópria. A tentativa de aproximá-los conduz à violação dos princípios da presunção de inocência, da proporcionalidade e da excepcionalidade da prisão cautelar, pilares de um processo penal comprometido com a dignidade da pessoa humana e com os valores do Estado Democrático de Direito.

Em tempos em que a prisão cautelar tem sido utilizada como instrumento de aplicação antecipada da pena, torna-se imperioso reafirmar que o verdadeiro avanço do processo penal não reside em punir mais, mas em punir com justiça, dentro dos limites que a Constituição impõe ao poder punitivo do Estado.